



# Update Banking & Finance

6. Juni 2019

## Kommt die Erlaubnispflicht für die Verwahrung von Kryptowerten?

Dr. Christoph Gringel

Referentenentwurf zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur 4. EU-Geldwäscherichtlinie enthält zusätzliche Regelungen zu Kryptowerten

Der Referentenentwurf des Bundesministerium der Finanzen zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur 4. EU-Geldwäscherichtlinie [Richtlinie (EU) 2018/843] (Referentenentwurf) enthält über die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben hinaus Regelungen zu Kryptowerten. So wird in § 1 Abs. 11 Satz 4 KWG-E der Begriff „Kryptowert“ definiert und in die Definition des Finanzinstruments einbezogen. Weiterhin sieht der Referentenentwurf eine Erlaubnispflicht für das Kryptoverwahrgeschäft vor. Diese Tätigkeit soll nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 6 KWG-E als Finanzdienstleistung qualifizieren, so dass deren Anbieter einer Erlaubnispflicht nach dem Kreditwesengesetz unterliegen, wenn sie das Kryptoverwahrgeschäft in Deutschland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert, erbringen.

Die Regelungen im Referentenentwurf zu Kryptowerten verfolgen zwei Ziele. Zum einen soll durch die Einführung der Definition von Kryptowerten die vom [KG Berlin mit Urteil vom 25.09.2018](#) in Zweifel gezogene [Verwaltungspraxis](#) der BaFin, Bitcoins und andere Kryptowährungen als Rechnungseinheiten und damit als Finanzinstrumente im Sinne des KWG zu qualifizieren, gesetzlich festgeschrieben werden. Zum anderen bezieht die Änderungsrichtlinie zur 4. EU-Geldwäscherichtlinie (Änderungsrichtlinie) die Anbieter von elektronischen Geldbörsen in den Kreis der geldwäscherichtlich Verpflichteten ein. Diese Anforderung setzt der Referentenentwurf so um, dass die Erbringer des Kryptoverwahrgeschäfts nicht – entsprechend der europäischen Vorgabe – gesondert als Verpflichtete im Sinne des Geldwäschegesetz aufgenommen werden, sondern als Finanz-

### Hintergrund der Regelungen

Das Update Banking&Finance beinhaltet keinen Rechtsrat. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und können eine den Besonderheiten des einzelnen Sachverhaltes gerecht werdende individuelle Beratung nicht ersetzen.

dienstleistungsinstitute qualifiziert werden und somit in den Anwendungsbereich des Geldwäschegesetzes fallen.

Gemäß § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 10 KWG-E sollen Kryptowerte künftig als Finanzinstrumente qualifizieren, soweit der entsprechende Kryptowert nicht bereits aufgrund einer der vorhergehenden Tatbestände des § 1 Abs. 11 KWG als Finanzinstrument qualifiziert. Es ist somit künftig zunächst zu prüfen, ob ein Kryptowert aufgrund eines anderen Tatbestands des § 1 Abs. 11 KWG (beispielsweise als Wertpapier oder Investmentanteil) bereits als Finanzinstrument qualifiziert. Sofern dies der Fall ist, bleibt es dennoch bei der Qualifikation als Kryptowert, was insbesondere für die Definition des Kryptoverwahrungsgeschäfts entscheidend ist.

Gemäß § 1 Abs. 11 Satz 4 KWG-E sollen Kryptowerte im Sinne des Kreditwesengesetzes „digitale Darstellungen eines Wertes sein, der von keiner Zentralbank oder öffentlicher Stelle emittiert wurde oder garantiert wird und nicht den gesetzlichen Status einer Währung oder von Geld besitzt, aber von natürlichen oder juristischen Personen aufgrund einer Vereinbarung oder tatsächlicher Übung als Tausch- oder Zahlungsmittel akzeptiert wird oder Anlagezwecken dient und der auf elektronischem Wege übertragen, gespeichert und gehandelt werden kann“. Diese Definition lehnt sich an die Definition der virtuellen Währungen in der Änderungsrichtlinie an, geht jedoch inhaltlich über diese hinaus, indem sie auch digitale Darstellungen eines Wertes erfasst, der Anlagezwecken dient.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wann ein digitaler Wert Anlagezwecken dient. In Betracht käme eine Zweckbestimmung aus Sicht des Emittenten/Initiators oder eine Zweckbestimmung aus Sicht des Erwerbers des Kryptowerts vorzunehmen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers scheint es darauf anzukommen, ob die Ausgestaltung des digitalen Werts eine „investorenähnliche Erwartungshaltung an die Wertentwicklung des Kryptowerts, der allgemeinen Unternehmensentwicklung des Emittenten oder eines Dritten wert- oder rechnungsmäßig abbildet“. Dementsprechend wäre eine Kombination der Zweckbestimmungen des Emittenten sowie des Anlegers ausschlaggebend. Eine bloße Erwartungshaltung des Anlegers an die Wertentwicklung eines Kryptowerts wäre nicht ausreichend, wenn diese Er-

## **Kryptowerte als Finanzinstrumente im Sinne des § 1 Abs. 11 KWG**

### **Definition von Kryptowerten**

### **Kryptowerte, die Anlagezwecken dienen**

wartungshaltung nicht in der Ausgestaltung des Kryptowerts begründet ist. Demgegenüber würden voraussichtlich aber Kryptowerte, deren Ausgestaltung Mechanismen zugrunde liegen, die eine Wertsteigerung des Kryptowerts fördern (wie beispielsweise ein Token Burn Mechanismus) ausreichen, um eine investorenähnliche Erwartungshaltung an die Wertentwicklung des Kryptowerts zu begründen.

Als neue Finanzdienstleistung führt der Referentenentwurf in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 6 KWG-E das Kryptoverwahrgeschäft ein. Gemäß § 32 KWG bedarf jeder, der in Deutschland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert, Finanzdienstleistungen erbringt, einer vorherigen Erlaubnis der BaFin. Ein gewerbsmäßiges Handeln liegt vor, wenn die Tätigkeit für eine gewisse Dauer mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht wird. Allerdings kann auch das kostenlose Anbieten des Kryptoverwahrgeschäfts eine Erlaubnis erfordern, wenn es einen Umfang erreicht, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert. Die BaFin nimmt beim Depotgeschäft einen solchen Umfang an, wenn 5 Depots geführt oder 25 Wertpapiere verwahrt werden. Es ist davon auszugehen, dass die BaFin für das Kryptoverwahrgeschäft einen ähnlichen Umfang festlegen wird, so dass bereits beim kostenlosen Erbringen des Kryptoverwahrgeschäfts für fünf Personen eine Erlaubnispflicht nach § 32 KWG bestehen würde.

Das Kryptoverwahrgeschäft wird im Referentenentwurf als „die Verwahrung, die Verwaltung und die Sicherung von Kryptowerten oder privaten kryptografischen Schlüsseln, die dazu dienen, Kryptowerte zu halten, zu speichern und zu übertragen, für andere“ definiert. Auch diese Definition lehnt sich an die Definition des Anbieters von elektronischen Geldbörsen in der Änderungsrichtlinie an, geht aber ebenfalls über diese hinaus, indem sie auch die Verwahrung, Verwaltung und Sicherung von Kryptowerten selbst umfasst. Damit sollen anscheinend Fälle erfasst werden, in denen die Kryptowerte einem Wallet zugeordnet sind, auf dem der Anbieter (treuhänderisch) Kryptowerte für Dritte hält und die Dritten keinen Zugriff auf den privaten Schlüssel des Wallets haben. Demnach dürften insbesondere auch viele Kryptobörsen den Tatbestand des Kryptoverwahrgeschäfts erfüllen. Ob der Anbieter die Kryptowerte selbst verwahrt oder für die tatsäch-

## **Kryptoverwahrgeschäft als erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung**

## **Definition Kryptoverwahrgeschäft**

liche Verwahrung einen anderen Anbieter unterbeauftragte dürfte für die Qualifikation als Kryptoverwahrungsgeschäft keine Rolle spielen, da in beiden Fällen sich der Anbieter zur Verwahrung der Kryptowerte gegenüber dem Kunden verpflichtet.

Nach dem Referentenentwurf müssten Unternehmen, die das Kryptoverwahrungsgeschäft erbringen wollen, unter anderem die folgenden Voraussetzungen für eine Erlaubniserteilung nach § 32 KWG erfüllen:

- Anfangskapital in Höhe von 125.000 Euro sowie für den Geschäftsbetrieb ausreichende Mittel;
- Zwei Geschäftsleiter, die über die hinreichende fachliche Eignung zur Leitung des Unternehmens verfügen sowie zuverlässig sind;
- Die wesentlichen Anteilhaber des Unternehmens müssen zuverlässig sein;
- Das Unternehmen muss die erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zum ordnungsgemäßen Betrieb des Kryptoverwahrungsgeschäfts schaffen und
- Das Unternehmen muss seinen Sitz in Deutschland haben.

Der Referentenentwurf vermittelt den Eindruck, als wäre die Erlaubnispflicht für das Kryptoverwahrungsgeschäft kurzfristig in den Entwurf aufgenommen worden. So sieht der Referentenentwurf für Betreiber des Kryptoverwahrungsgeschäfts keine aufsichtsrechtlichen Erleichterungen vor, was aufgrund der Verweisung des Kreditwesengesetzes auf die Kapitaladäquanzverordnung (Verordnung (EU) Nr. 575/2013 – *Capital Requirement Regulation*) für Finanzdienstleistungsinstitute bedeuten würde, dass die Verwahrung von Kryptowerten grundsätzlich denselben aufsichtsrechtlichen Anforderungen unterliegen würde, wie der Betrieb eines Einlagenkreditinstituts.

Weiterhin sieht der Referentenentwurf keine Übergangsfristen für bereits in Deutschland tätige Anbieter des Kryptoverwahrungsgeschäfts vor. Bei einem Inkrafttreten der Regelungen

## **Anforderungen an eine Erlaubnis**

## **Problemfelder**

## **Keine Übergangsfristen**

zum 1. Januar 2020 erscheint es, unter Berücksichtigung der üblichen Bearbeitungsdauer für Erlaubnisansträge von Finanzdienstleistungsinstituten, sehr unwahrscheinlich, dass bis zu diesem Datum bestehende Anbieter eine entsprechende Erlaubnis von der BaFin erhalten haben. Dementsprechend wäre bei einer tatsächlichen Einführung einer Erlaubnispflicht eine Übergangsfrist oder *Grandfathering*-Regelung für bestehende Anbieter zwingend erforderlich, um zu verhindern, dass diese ihr Geschäft zwischenzeitlich einstellen müssten.

Nach der Verwaltungspraxis der BaFin werden Finanzdienstleistungen auch in Deutschland erbracht, wenn sich das Unternehmen ohne physische Präsenz in Deutschland gezielt an den deutschen Markt wendet. Dies bedeutet, dass mit Einführung einer Erlaubnispflicht für das Kryptoverwahrgeschäft ausländische Anbieter in Deutschland diesen Dienst nicht mehr aktiv anbieten dürften, ohne nicht eine deutsche Zweigniederlassung zu gründen, welche die entsprechende Erlaubnis beantragt. Auf der anderen Seite könnten in Deutschland ansässige Unternehmen das Kryptoverwahrgeschäft auch in anderen Ländern nur anbieten, wenn sie in Deutschland über eine entsprechende Erlaubnis verfügen. Es besteht daher die Gefahr, dass bei Umsetzung des Referentenentwurfs deutsche Unternehmen ihren Sitz ins Ausland verlegen, um das Kryptoverwahrgeschäft ausschließlich außerhalb von Deutschland anzubieten.

Mit der Einführung einer Erlaubnispflicht für das Kryptoverwahrgeschäft geht der Gesetzgeber über das zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie erforderliche Maß hinaus und beschreitet hinsichtlich der Regulierung des Kryptoverwahrgeschäfts einen nationalen Sonderweg. Dieser Ansatz steht im Widerspruch zu dem von der Bundesregierung im Rahmen der geplanten Blockchain-Strategie genannten Zielsetzung, sich auf europäischer und internationaler Ebene für die Schaffung eines angemessenen einheitlichen Regulierungsrahmens für Krypto-Assets einzusetzen. Sofern der Gesetzgeber an der Erlaubnispflicht für das Kryptoverwahrgeschäft festhalten sollte, wäre es wünschenswert, wenn die Regulierung mit Augenmaß und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Kryptoverwahrgeschäfts erfolgt. Der derzeitige Ansatz der pauschalen Anwendung sämtlicher Vorschriften für Kreditinstitute und Finanzdienstleister auf das Kryptover-

### **Grenzüberschreitende Erbringung**

### **Fazit**

wahrgeschäft erscheint weniger sachgerecht zu sein. Darüber hinaus bedürfte es in diesem Fall der Einführung angemessener Übergangsfristen oder *Grandfathering*-Regelungen, um sicherzustellen, dass bestehende Anbieter ihr Geschäft nicht einstellen müssen. Im Kryptobereich tätige Unternehmen sollten jedoch vorsichtshalber bereits jetzt prüfen, inwiefern ihr Geschäftsmodell von der möglichen Erlaubnispflicht für das Kryptoverwahrgeschäft betroffen sein könnte.



Rechtsanwalt  
**Dr. Christoph Gringel**  
T +49 69 975 61-305  
c.gringel@heuking.de

**Ihr Ansprechpartner  
zu diesem Thema**

Abonnentenservice: Update Banking & Finance

bestellen (kostenlos, unverbindlich, jederzeit kündbar)

abbestellen

Fax-Antwort an: +49 69 975 61 200

E-Mail-Antwort an: [z.guezel@heuking.de](mailto:z.guezel@heuking.de)

Informationen darüber, wie Heuking Kühn Lüer Wojtek mit Ihren personenbezogenen Daten umgeht, zu welchen Zwecken Ihre Daten verarbeitet werden, die Rechtsgrundlagen der Verarbeitung und welche Rechte Sie haben, können Sie unter [www.heuking.de](http://www.heuking.de) nachlesen.

**Versandservice und Kontakt**

Ihr Name: .....

.....

Ihre Email-Adresse: .....

.....

Ihre Adresse: .....

.....

[www.heuking.de](http://www.heuking.de)

Berlin

Chemnitz

Düsseldorf

Frankfurt

Hamburg

Köln

München

Stuttgart

Brüssel

Zürich